

# A (in) constitucionalidade do sigilo das votações no procedimento do Júri à luz da teoria neoinstitucionalista do processo

Francisco Nogueira Machado\*

*“... os juízes não querem ou não sabem ver, em seus inculcados, homens diferentes dos outros, por certas condições físicas ou psíquicas mais ou menos aparentes. Sua única preocupação é a de encontrar o artigo do código que se mostre mais apropriado, não à prevenção, mas à fala cometida.”<sup>1</sup> (Enrico Ferri)*

## Introdução

O presente estudo destina-se a debater a (in) constitucionalidade do sigilo das votações no procedimento do Tribunal do Júri à luz da teoria neoinstitucionalista do processo.

De saída, será analisada a teoria instrumentalista do processo, que nada mais é do que o reflexo da teoria da relação jurídica cunhada por Oscar Von Bülow em 1868, enfocando-se sua inevitável falência no marco do Estado Democrático de Direito.

Passo seguinte, a teoria neoinstitucionalista do professor Rosemiro Pereira Leal será colocada sob a lente de pesquisa, tomando-a como norte teórico fundamental para a análise proposta neste escrito.

Ao final, buscar-se-á em Otto Bachof a referência teórica para a possibilidade de serem reconhecidas como inconstitucionais normas originariamente nascidas em berço normativo magno, em ordem a submeter ao crivo do controle de constitucionalidade a regra prevista no art. 5º, XXXVIII, *b*, da Constituição Republicana de 1988 que assegura à instituição do júri o sigilo das votações.

## 2 A falência da teoria instrumentalista do processo. O fim da era de Oscar Von Bülow

Convencionou-se aceitar o mito de que a ciência do processo iniciou-se com a obra *a teoria das exceções e dos pressupostos processuais* de Oscar Von Bülow, em que partia-se da premissa de que o processo se

caracteriza por uma relação jurídica pública existente entre o Estado e as partes. A idolatria à tese bülowiana pode ser constatada, exemplarmente, em James Goldschmidt, que proclama ser a teoria da relação jurídica processual a base de todos os sistemas de processo, sendo o ponto inicial da formação da ciência própria do Direito Processual<sup>2</sup>.

A teoria da relação jurídica processual, segundo André Cordeiro Leal<sup>3</sup>, pode ser sintetizada em dois pontos fundamentais, a saber: a jurisdição é *atividade do juiz* e o processo é *instrumento posto à disposição desta jurisdição onisciente, monológica e salvadora*. Ovídio Baptista da Silva é partidário desta teoria, afirmando, abertamente, que a jurisdição é uma atividade estatal a ser prestada pelo Estado e que desencadeará uma relação jurídica tendo por sujeitos o autor, o próprio Estado e o réu<sup>4</sup>.

Cordeiro Leal alerta, contudo, para a gênese enviesada e justificadora do Estado Nacional alemão da teoria bülowiana, no sentido de que “o objetivo precípua do jurista alemão era o de fundamentar teoricamente a necessidade do aumento do poder do Estado, dos juízes e dos tribunais”<sup>5</sup>. O autor mineiro desvenda, ainda, no esconderijo da teoria do jurista alemão, o paradoxo consistente na ausência de explicação sobre como se poderia controlar a atividade jurisdicional se o veículo de fiscalização é o próprio instrumento da jurisdição. Neste sentido, preleciona que

toda tentativa no sentido de elevar o processo impregnado da herança bülowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de que não poderia ser esse processo, ao mesmo tempo, instrumento

\* Defensor Público Federal. Pós-graduado em Direito Público e em Direito Constitucional.

<sup>1</sup> FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Tradução, atualização, notas e comentários. Dagma Zimmemann. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 30.

<sup>2</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo*. Tradução Leandro Farina. Campinas: Editora Minelli, 2003, p. 14.

<sup>3</sup> LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

<sup>4</sup> SILVA, Ovídio A Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.

<sup>5</sup> *op. cit.* p. 45.

do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o paradoxo<sup>6</sup>.

A instrumentalidade do processo, doutrina cunhada por Cândido Rangel Dinamarco<sup>7</sup>, não é senão o desdobramento da teoria da relação jurídica de Bülow. Rosemiro Pereira Leal observa que

os teóricos desta escola [instrumentalista] conectaram o processo à jurisdição, com escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade<sup>8</sup>.

Aury Lopes Jr., apesar de se proclamar contrário à instrumentalidade do processo de Dinamarco, não conseguiu se desgarrar desta teoria, pois o processo continua, em sua visão, a ser instrumento da jurisdição e esta se resume à atividade do juiz. De fato, o autor em foco concebe o processo como instrumento a serviço da realização do projeto democrático<sup>9</sup> da Constituição, que orientará a instrumentalidade do processo penal. Arremata, ao final, que

nossa noção de instrumentalidade tem como conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor da dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual Judiciário<sup>10</sup>.

Não esclarece, contudo, a quem compete interpretar e dizer o que é o projeto democrático.

A falência da instrumentalidade do processo e, consequentemente, da teoria da relação jurídica processual, está em não resistir ao confronto com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Rosemiro Pereira Leal ensina, neste sentido, que o Estado Democrático de Direito, consagrado no art. 1º da Constituição da República de 1988, é o Estado no qual a desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema positivo há de ser resolvida pelo devido processo constitucional aberto a todos ao exercício irrestrito do direito de ação

coextenso ao procedimento processualizado sobre temas fundamentais da comunidade política<sup>11</sup>.

Deste modo, o entendimento de que a jurisdição é atividade do juiz e o processo é instrumento da jurisdição revela-se frontalmente desconforme com o Estado projetado pela Constituição de 1988, uma vez que o direito não é aplicado mediante o debate argumentativo das partes que construirá a decisão, mas pelo magistrado que dirá, isoladamente, qual o direito no caso concreto. Rosemiro observa, com proficiência, que

o decidir não mais pode escorrer do cérebro de um julgador privilegiado que guardasse um sentir sapiente por juízos de justiça e segurança que só ele pudesse, com seus pares, aferir, induzir, ou deduzir, transmitir e aplicar<sup>12</sup>.

Rosemiro tece duras críticas à teoria da relação jurídica e da instrumentalidade do processo à luz do Estado democrático de direito, pontificando que:

(...) é inconcebível, no Estado democrático de direito, preconizar uma *decisão* como ato ou sentença final de um órgão guardião, depositário ou tutor da Constituição ou do próprio sistema processual, por que o *devido processo constitucional não é uma instituição jurídica que suplique uma guarda ou uma proteção solene, como se fosse uma arca da aliança, mas é eixo principiológico-discursivo da operacionalização permanente de um controle de constitucionalidade (judicial review), individual ou agrupada, ao ajuste fiscalizatório abstrato e in-concreto do discurso constitucional positivado à efetiva realização do Estado democrático (...)*<sup>13</sup> (grifos nossos).

A primeira tentativa científica de democratizar o processo foi levada a efeito por Elio Fazzalari com quem, segundo Rosemiro Pereira Leal, “foi possível um salto epistemológico que retirou a *decisão* da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor”<sup>14</sup>. O autor italiano, ao distinguir o processo do procedimento, explicou, segundo Rosemiro Pereira Leal,

que o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do

<sup>6</sup> *op. cit.* p. 64–65.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, Malheiros, 2006.

<sup>8</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 75.

<sup>9</sup> LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 25.

<sup>10</sup> *op. cit.* p. 26.

<sup>11</sup> *op. cit.* p. 34.

<sup>12</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 14

<sup>13</sup> *op. cit.* p. 130.

<sup>14</sup> *op. cit.* p. 27.

direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento.

O contraditório é, na teoria fazzalariana, a nota fundamental do processo.

Entretanto, como bem observa André Cordeiro Leal<sup>15</sup>, Fazzalari deixou uma brecha em sua teoria, uma vez que a questão da jurisdição como atividade estatal centrada no julgador não é completamente afastada. De fato, o autor italiano, embora afaste a idéia do processo como relação jurídica a serviço da jurisdição, ainda aloca o próprio provimento no âmbito de vontade de órgãos públicos, cuja emissão é precedida pelo processo.

O rompimento com a concepção instrumentalista se dá com a teoria neoinstitucionalista.

### 3 Teoria neoinstitucionalista do processo: giro teórico que marca o Estado Democrático de Direito

Denomina-se de neoinstitucionalista a teoria processual que evoluiu em relação à proposta fazzalariana no sentido do aprofundamento na teoria discursiva da democracia de Habermas, balizada pelo norte crítico de Karl Popper, não se confundindo, contudo, com as vertentes institucionalistas sociológicas de Hauriou ou Guasp<sup>16</sup>.

Rosemiro Pereira Leal observa que sua teoria é um apelo crítico-participativo das partes legitimadas ao procedimento, de modo que elas, efetivando e reconstruindo a cidadania, exerçam os direitos em sua plenitude constitucional, valendo-se dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. O processo, nesta linha de inteção, se impõe por conexão teórica com a cidadania constitucionalmente assegurada. Revelando sua matriz popperiana, Rosemiro assevera que a teoria neoinstitucionalista é uma teoria da processualização testificante da validade normativo-democrática, *“porque propõe e atua um pensar jurídico na racionalidade sempre problematizável, por falibilidades revisíveis, da produção e aplicação do direito”*<sup>17</sup>.

A teoria em foco se relaciona intimamente com o Estado Democrático de Direito. O processo possibilita, neste marco, a plenitude da cidadania, de modo a que

se abre um espaço jurídico discursivo de auto-inclusão do legitimado processual na comunidade jurídica para construção conjunta da sociedade jurídico-política<sup>18</sup>.

Uma das grandes conquistas da teoria neoinstitucionalista está na desmistificação da decisão como ato isolado de um ou mais juízes. Para ser democrática, a decisão deverá ser um provimento de todos os sujeitos do processo, levando a uma resolução compartilhada dos conflitos. É sobre este aspecto que se debruçará a tese da inconstitucionalidade do sigilo das votações no procedimento do Tribunal do Júri.

### 4 Normas constitucionais inconstitucionais: a (in) constitucionalidade do sigilo das votações no procedimento do Tribunal do Júri.

A inconstitucionalidade de normas constitucionais foi objeto de estudo de Otto Bachof, professor da Universidade de Tübingen.

Bachof parte da distinção entre normas constitucionais formais e materiais, sendo as primeiras caracterizadas pelas particularidades do processo de formação e maior dificuldade de alteração, independentemente de seu conteúdo. As materiais, por sua vez, são entendidas como o conjunto de normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos dos Estados, sobre suas instituições fundamentais e sobre a posição do cidadão no Estado. O professor alemão reconhece, ainda, a possibilidade da existência de direito constitucional material fora do documento constitucional e que há normas formalmente constitucionais sem preenchimento normativo constitucional<sup>19</sup>.

Da distinção entre normas constitucionais formais e materiais, de um lado, e, de outro, normas escritas e não escritas (direito supra legal), Otto Bachof diferencia, primeiramente, as seguintes possíveis normas constitucionais escritas inválidas<sup>20</sup>: a) inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais; b) inconstitucionalidade de leis de alteração da constituição; c) inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior;

<sup>15</sup> *op. cit.* p. 115.

<sup>16</sup> LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 138.

<sup>17</sup> Teoria Geral, pp. 88–90.

<sup>18</sup> Teoria Processual da Decisão Jurídica. p. 150.

<sup>19</sup> BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009, p. 38–40.

<sup>20</sup> *op. cit.* p. 49–62.

d) inconstitucionalidade resultante da mudança de natureza de normas constitucionais; e) inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional.

Adiante, o autor enumera as formas de violação de direito constitucional não escrito<sup>21</sup>: a) inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da constituição; b) inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário; c) inconstitucionalidade por infração de direito supralegal não positivado.

Para os fins propostos neste estudo, somente a hipótese da inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior será enfocada, pois é aqui que reside a questão de saber se também uma norma originariamente contida no documento constitucional pode ser materialmente inconstitucional<sup>22</sup>.

Consoante já visto alhures, a Constituição da República de 1988 optou por consagrar, em seu art. 1º, o Estado Democrático de Direito que tem, como um de seus desdobramentos, o processo como instituição constitucionalizada, definindo-se pela conjunção dos princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. O processo rege e é pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos<sup>23</sup>.

Assim, nenhuma decisão é legítima e compatível com o Estado Democrático de Direito se seus destinatários não participarem de sua construção, em procedimento regido pelos princípios acima alinhados. Neste sentido, destaca-se a indispensabilidade da fundamentação da decisão como condição sem a qual a fiscalização da observância do contraditório se tornaria impossível.

Nesta linha, é de se questionar se a regra contida na alínea *b* do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição da República de 1988 é compatível com o parâmetro do Estado Democrático de Direito esculpido no art. 1º do mesmo Texto Constitucional.

O sigilo das votações pode ser desdobrado em dois aspectos fundamentais, a saber: a comunicabi-

lidade dos jurados e a impossibilidade de fundamentação da decisão. Tentar-se-á demonstrar que as duas consequências do sigilo não se adequam ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Paulo Rangel, em obra especializada, defende a necessidade da comunicabilidade dos jurados como condição constitucional indispensável à formação de suas decisões. Entende o eminente processualista que não se devem confundir o sigilo do voto com a incomunicabilidade, pois o primeiro deve ser garantido ao jurado como forma de preservá-lo de pressões externas, mas, o segundo, não se justifica constitucionalmente<sup>24</sup>.

Todavia, apesar de concordarmos com a garantia de comunicabilidade dos jurados, o que o autor entende como *sigilo do voto* é uma máscara que encobre a nefasta vedação da exposição dos fundamentos da decisão à crítica através do contraditório e da ampla defesa. De fato, o modelo da convicção íntima do julgador, amplamente admitido pela doutrina pátria em relação à decisão proferida pelo conselho de sentença, possibilita que o réu seja julgado sob o ponto de vista do Direito Penal do autor, pois, se as razões motivadoras da condenação ou absolvição se quedam escondidas no âmago de cada jurado, a privação da liberdade do réu estará condicionada à visão que cada julgador em particular terá de sua pessoa.

Neste passo, tanto a incomunicabilidade quanto a decisão desmotivada tornam a decisão emanada do tribunal do júri manifestamente inconstitucional, na medida em que possibilitam a supressão da liberdade humana à revelia do processo, pois, considerado o contraditório como princípio institutivo, consoante ensina a teoria neoinstitucionalista, e a relação do contraditório com a fundamentação da decisão é umbilical<sup>25</sup>, a única conclusão a que se pode chegar é a de que a decisão desmotivada e isoladamente deliberada violam a matriz do devido processo legal (art. 5º, LVI) e o próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º).

A inconstitucionalidade do sigilo das votações é possível em virtude do caráter meramente formal da norma do art. 5º, XXXVIII, *b*, por se tratar de regra procedimental do Tribunal do Júri que poderia

<sup>21</sup> *op. cit.* p. 64–67.

<sup>22</sup> *op. cit.* p. 54.

<sup>23</sup> *op. cit.* p. 88.

<sup>24</sup> RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri. Visão Lingüística, Histórica, Social e Jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 88.

<sup>25</sup> LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

facilmente não ter constado no Texto Constitucional em sua origem. Assim é que se pode reconhecer a inferioridade normativa do sigilo das votações em cotejo com o art. 5º, LIV, que positiva o devido processo legal, e art. 1º, que formata a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito.

## Conclusão

A visão instrumentalista do processo não passa pelo crivo do Estado Democrático de Direito, pois a decisão estatal não é monopólio de um julgador solitário e onisciente, mas um resultado dialogicamente construído pelas partes em procedimento guiado pelo contraditório, ampla defesa e isonomia. Neste sentido, a teoria neoinstitucionalista se revela na proposição mais adequada para o processo no marco do Estado Democrático de Direito.

O sigilo das votações no procedimento do Tribunal do Júri, que se ramifica na incomunicabilidade dos jurados e na decisão desmotivada, não resiste ao confronto vertical com as disposições atinentes ao Estado Democrático de Direito e ao devido processo legal, que asseguram ao réu o direito de influenciar a decisão de seus julgadores e de testificar e verificar se seus argumentos foram sopesados e considerados na formação da decisão. A teoria das normas constitucionais inconstitucionais, neste aspecto, partindo da diferenciação entre normas constitucionais formais e materiais, possibilita reconhecer a incompatibilidade vertical entre o art. 5º, XXXVIII, b, e os arts. 5º, LIV, e 1º, todos da Constituição da República de 1988.

## Referência Bibliográfica

BACHOF, Otto. *Normais constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, Malheiros, 2006.

FERRI, Enrico. *Os criminosos na arte e na literatura*. Tradução, atualização, notas e comentários. Dagma Zimmemann. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo*. Tradução Leandro Farina. Campinas: Editora Minelli, 2003.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002.

LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Ovídio A Baptista da. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri. *Visão Lingüística, Histórica, Social e Jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.